RETTENS DOM (Anden Afdeling)

20. april 2005 *

I sag T-211/03,

Faber Chimica Srl, Fabriano (Italien), ved advokaterne P. Tartuferi og M. Andreano,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved M. Capostagno og O. Montalto, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

* Processprog: italiensk.

den anden part i sagen for appelkammeret ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design):

Industrias Quimicas Naber, SA Nabersa, Valencia (Spanien),

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 19. marts 2003 af Fjerde Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 620/2001-4) vedrørende en indsigelsessag mellem Faber Chimica Srl og Industrias Quimicas Naber, SA Nabersa,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J. Pirrung, og dommerne N.J. Forwood og S. Papasavvas,

justitssekretær: ekspeditionssekretær J. Palacio González,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 13. juni 2003,

under henvisning til svarskriftet, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 23. september 2003,

og efter retsmødet den 11. januar 2005,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

1 Den 14. november 1997 indgav sagsøgeren i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som ændret, en EF-varemærkeansøgning til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«).

2 Varemærket, der er søgt registreret, er figurmærket Faber, som er gengivet nedenfor:



3 De varer, som registreringsansøgningen vedrører, henhører under klasse 1, 2 og 3 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer

og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer for hver af disse klasser til følgende beskrivelse:

— Klasse 1: »Kemiske produkter til industrielle og videnskabelige formål; ubehandlet kunstharpiks; garvestoffer; bindemidler til industrielle formål«.

— Klasse 2: »Maling, fernis, lak; rustbeskyttelsesmidler og træimprægneringsmidler; farvestoffer; bejdsemidler; ubehandlet naturharpiks; metalplader og metalpulver til brug for malere, dekoratører, bogtrykkere og kunstnere«.

— Klasse 3: »Blegemidler og andre midler til vask og rensning af tøj; præparater til rengøring, polering, fjernelse af pletter, slibemidler; sæbe; parfumerivarer, æteriske olier, kosmetiske præparater, hårvand; tandplejemidler«.

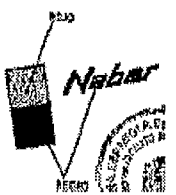
4 Ansøgningen blev offentliggjort i *EF-Varemærketidende* nr. 2/99 den 11. januar 1999.

5 Den 12. april 1999 rejste Industrias Quimicas Naber, SA Nabersa (herefter »indsigeren«), i henhold til artikel 42 i forordning nr. 40/94 indsigelse mod registreringen af det ansøgte varemærke for alle de varer, der var nævnt i varemærkeansøgningen. Til støtte for indsigelsen påberåbte selskabet sig risikoen for forveksling, der er nævnt i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

Indsigelsen var støtte på følgende ældre nationale varemærker, som indsigeren er indehaver af:

— Ordmærket NABER, der er registreret i Spanien med nr. 801 202 for varer i klasse 1 (»kemiske produkter og bindemidler til industrielle formål, affarvningsmidler, kunstharpiks og syntetisk harpiks«).

— De tre figurmærker Naber, hvis grafiske præsentation er gengivet nedenfor, der er registreret i Spanien med nr. 2 072 120, 2 072 121 og 2 072 122 for henholdsvis varer i klasse 1 (»Kemiske produkter til industrielle, videnskabelige (med undtagelse af produkter til lægevidenskaben) og fotografiske formål samt til anvendelse i landbrugs-, havebrugs- og skovbrugsøjemed, kunstig harpiks i rå tilstand, plastic i rå tilstand, gødningsmidler (natur- og kunstgødning); ildslukningsmidler, præparater til hærdning og lodning af metaller, kemiske konserveringsmidler til levnedsmidler, garvestoffer, bindemidler til industrielle formål«), klasse 2 (»Maling, fernis, lak, farver, rustbeskyttelsesmidler og træimprægneringsmidler, farvestoffer; bejdsemidler; ubehandlet naturharpiks; metalplader og metalpulver til brug for malere, dekoratører, bogtrykkere og kunstnere«) og klasse 3 (»Blegemidler og andre midler til vask og rensning af tøj; præparater til rengøring, polering, fjernelse af pletter samt slibemidler; sæbe; parfumerivarer, æteriske olier, kosmetiske præparater, hårvand; tandplejemidler, deodoranter til personligt brug«).



6 Ved afgørelse af 23. april 2001 afslog Indsigelsesafdelingen indsigelsen med den begrundelse, at der ikke var visuel, lydlig eller intellektuel lighed mellem de omhandlede varemærker, og at der derfor ikke var risiko for forveksling af dem.

7 Den 25. juni 2001 klagede indsigeren over Indsigelsesafdelingens afgørelse til Harmoniseringskontoret i medfør af artikel 57-62 i forordning nr. 40/94.

8 Ved afgørelse af 19. marts 2003 (herefter »den anfægtede afgørelse«), der blev meddelt sagsøgeren ved skrivelse af 3. april 2003, stadfæstede Fjerde Appelkammer ved Harmoniseringskontoret for det første Indsigelsesafdelingens vurdering, hvorefter der ikke var lighed mellem det ansøgte varemærke og indsigerens ældre figurmærker. Efter at have fastslået, at det intellektuelle element i sammenligningen i den foreliggende sag var uden relevans, udtalte appelkammeret for det andet, at der var visuel og lydlig lighed mellem det ansøgte varemærke og indsigerens ældre ordmærke, og at varerne, der var omfattet af disse to varemærker, lignede hinanden. Som følge heraf tog appelkammeret klagen til følge og annullerede Indsigelsesafdelingens afgørelse for så vidt angik denne del.

Parternes påstande

9 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres eller ændres, for så vidt det deri fastslås, at der er lighed og således risiko for forveksling mellem det ansøgte varemærke og indsigerens ældre ordmærke.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger, herunder de omkostninger, der er afholdt under den administrative procedure ved Harmoniseringskontoret.

— Det bestemmes, at der sker bevisoptagelse i form af en teknisk sagkyndig undersøgelse med henblik på at fastslå, at der på spansk ikke er nogen fonetisk lighed mellem ordene »naber« og »faber«.

10 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Harmoniseringskontoret frifindes.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

Parternes argumenter

11 Sagsøgeren har i det væsentlige fremført et eneste anbringende om en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

12 I den forbindelse har sagsøgeren gjort gældende, at appelkammeret har argumenteret selvmodsigende, idet det i den anfægtede afgørelse har vurderet ligheden mellem det ansøgte varemærke og indsigerens ældre varemærker forskelligt, afhængigt af, om disse var figurmærker eller ordmærker. Efter korrekt at have konkluderet, at der ikke var risiko for forveksling mellem det ansøgte varemærke og de ældre figurmærker ved at lægge afgørende vægt på de omhandlede tegns visuelle element (punkt 14-25 i den anfægtede afgørelse), konkluderede appelkammeret

således fejlagtigt, at der var en sådan risiko for forveksling med hensyn til det nævnte varemærke og indsigerens ældre ordmærke, bl.a. med den begrundelse, at »alle slags skrivemåder kan anvendes« med hensyn til det sidstnævnte varemærke (punkt 26 i den anfægtede afgørelse). Ved at argumentere således støttede appelkammeret sig fejlagtigt på en »potentiel, hypotetisk og fremtidig omdannelse« af det omhandlede varemærke.

13 Hvad angår sammenligningen af de omtvistede tegn, som de fremstår på nuværende tidspunkt, har sagsøgeren gjort gældende, at der ikke er nogen visuel, lydlig eller intellektuel lighed mellem dem, da det visuelle aspekt ifølge sagsøgeren skal betragtes som afgørende ved denne sammenligning, således at enhver risiko for forveksling må udelukkes, når der ikke er visuel lighed.

14 Sagsøgeren har endvidere stillet spørgsmålstegn ved sammenligningen af de varer, der er omfattet af de omtvistede varemærker, samt ved helhedsvurderingen af risikoen for forveksling, der findes i den anfægtede afgørelse. Sagsøgeren har desuden anført nogle argumenter om, at der ikke er nogen effektiv konkurrence mellem de berørte virksomheder på markedet, og om, at der ikke er bevis for, at indsigerens ældre varemærker har et renommé i Spanien.

15 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at den anfægtede afgørelse hverken indeholder selvmodsigelser eller vurderingsfejl. Nærmere bestemt har appelkammeret korrekt sammenlignet det ansøgte varemærke og de ældre varemærker, og det har herefter sondret mellem de ældre varemærker efter deres art, da denne er af afgørende betydning for deres helhedsindtryk. Det er nemlig ubestrideligt, at de ældre varemærker har forskellige kendetegn i deres udformning, der begrunder og endda kræver en særskilt vurdering, hvilket fører til forskellige resultater.

16 Det var endvidere med rette, at appelkammeret fandt, at det ældre ordmærke — der var blevet registreret uafhængigt af ethvert særligt grafisk kendetegn — kan bruges i forskellige stiliseringsformer. Det kan derfor ikke udelukkes, at der kan anvendes en stilisering, der bevirker, at varemærket på den måde, det konkret anvendes, kommer til at ligne det ansøgte varemærke.

17 Hvad angår sammenligningen af de omtvistede tegn i den foreliggende sag, nærmere bestemt ud fra det visuelle aspekt, er Harmoniseringskontoret af den opfattelse, at appelkammet havde grundlag for at tage udgangspunkt i, at fire ud af fem bogstaver, der udgør efterstavelsen »aber«, er identiske, og at bogstavet »F«, som det ansøgte varemærke begynder med, og hvis særlige stilisering afsvækker den umiddelbare forståelighed, har et svagt indhold.

18 Hvad herefter angår det lydlige aspekt har Harmoniseringskontoret tiltrådt appelkammerets vurdering, der — selv om det medgav, at der var forskel mellem forbogstaverne »F« og »N«, som Indsigelsesafdelingen fejlagtigt anså for at være afgørende — tillagde identiteten i den fælles slutning »aber« en større betydning. Denne vurdering er støttet på vokalernes betydning, hvis lydlige omfang, navnlig i romanske sprog som spansk, generelt set er større end konsonanternes. Hvad angår de to varemærker giver bogstavet »A« og efterstavelsen »ber« en klangfylde, der samlet set optager det hele og har en stærkere klangfylde end begyndelsesbogstavet »F« eller »N«.

19 Harmoniseringskontoret har endvidere anfægtet de argumenter, hvormed sagsøgeren har stillet spørgsmålstegn ved sammenligningen af de varer, der er omfattet af de omtvistede varemærker, samt ved helhedsvurderingen af risikoen for forveksling, der findes i den anfægtede afgørelse. Kontoret har ligeledes anfægtet sagsøgerens argumenter om, at der ikke er nogen effektiv konkurrence mellem de berørte virksomheder på markedet, og om, at der ikke er bevis for, at indsigerens ældre varemærker har et renommé i Spanien.

Rettens bemærkninger

20 Hvis indehaveren af et ældre varemærke rejser indsigelse, er det varemærke, der søges registreret, ifølge artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 udelukket fra registrering, såfremt der i offentlighedens bevidsthed inden for det område, hvor det ældre mærke er beskyttet, er risiko for forveksling, fordi det yngre mærke er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og varerne eller tjenesteydelserne er af samme eller lignende art.

21 Ifølge fast retspraksis skal der med hensyn til varers og tjenesteydelsers handelsmæssige oprindelse foretages en helhedsvurdering af risikoen for forveksling efter den opfattelse, som den relevante kundekreds har af de omhandlede tegn og varer eller tjenesteydelser, under hensyntagen til alle de faktorer, der karakteriserer det foreliggende tilfælde, navnlig den indbyrdes afhængighed mellem ligheden mellem tegnene og ligheden mellem de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af varemærkerne (jf. Rettens dom af 9.7.2003, sag T-162/01, Laboratorios RTB mod KHIM — Giorgio Beverly Hills (GIORGIO BEVERLY HILLS), Sml. II, s. 2821, præmis 29-33 og den deri nævnte retspraksis).

22 I den foreliggende sag er indsigerens ældre ordmærke, som er det eneste, der er relevant i denne tvist, registreret i Spanien, som således udgør det relevante område ved anvendelsen af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

23 Hvad angår definitionen af den relevante kundekreds i den foreliggende sag må det, som appelkammeret gjorde det (punkt 31 i den anfægtede afgørelse), konstateres, at de varer, der er omfattet af indsigerens ældre ordmærke, henhører under klasse 1, og at de i det væsentlige retter sig mod industrikunder (»kemiske produkter og bindemidler til industrielle formål, affarvningsmidler, kunstharpiks og syntetisk harpiks«).

24 Med henblik på helhedsvurderingen af risikoen for forveksling skal der følgelig tages udgangspunkt i opfattelsen i den relevante kundekreds, der i det væsentlige består af industrikunder i Spanien. Som professionelle må disse anses for at være mere opmærksomme end gennemsnittet ved valget af de omhandlede varer (jf. i denne retning Rettens dom af 9.4.2003, sag T-224/01, Durferrit mod KHIM — Kolene (NU-TRIDE), Sml. II, s. 1589, præmis 52, og af 30.6.2004, sag T-317/01, M+M mod KHIM — Mediametrie (M+M EUROdATA), Sml. II, s. 1817, præmis 52).

25 Henset til ovenstående betragtninger bør den sammenligning, som appelkammeret har foretaget, dels af de omtvistede tegn, dels af de omhandlede varer, efterprøves.

26 Hvad for det første angår sammenligningen af de omhandlede tegn bemærkes generelt, at to varemærker ligner hinanden, når der fra den relevante kundekreds' synsvinkel i det mindste delvist er en lighed mellem dem med hensyn til et eller flere relevante aspekter. Som det følger af Domstolens retspraksis, er de visuelle, de lydlige og de begrebsmæssige aspekter relevante (jf. i denne retning Domstolens dom af 11.11.1997, sag C-251/95, SABEL, Sml. I, s. 6191, præmis 23, og af 22.6.1999, sag C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Sml. I, s. 3819, præmis 25). Det fremgår endvidere af denne praksis, at helhedsvurderingen af risikoen for forveksling hvad angår de omhandlede varemærkers visuelle, fonetiske og begrebsmæssige lighed skal være støttet på det helhedsindtryk, som varemærkerne giver, idet der navnlig skal tages hensyn til deres karakteristiske og dominerende bestanddele.

27 I modsætning til det af sagsøgeren anførte om, at det visuelle aspekt må anses for at være afgørende, har Domstolen endvidere udtalt, at det ikke kan udelukkes, at en fonetisk lighed mellem varemærkerne i sig selv kan skabe risiko for forveksling (jf. i denne retning Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 28, og Rettens dom af 15.1.2003, sag T-99/01, Mystery Drinks mod KHIM — Karlsberg Brauerei (MYSTERY), Sml. II, s. 43, præmis 42).

28 I den foreliggende sag fremgår det af den anfægtede afgørelse, at appelkammeret efter en visuel og lydlig efterprøvelse har anset de omtvistede tegn for at ligne hinanden. Det er desuden ubestridt (jf. punkt 16 i den anfægtede afgørelse, som sagsøgeren ikke har anfægtet under den foreliggende sag), at de omhandlede tegn ikke kan sammenlignes i begrebsmæssig henseende, da de ikke har nogen betydning på spansk.

29 Hvad indledningsvis angår den visuelle sammenligning er appelkammeret gået ud fra det princip, at »alle slags skrivemåder kan anvendes« med hensyn til et ordmærke (punkt 26 i den anfægtede afgørelse). Ifølge Harmoniseringskontorets skriftlige indlæg tog appelkammeret dermed den mulighed i betragtning, at indsigerens ordmærke i fremtiden kan anvendes i en stiliseret form, der grafisk set kan få det til at ligne det ansøgte varemærke.

30 Sagsøgeren har anført, at appelkammeret ved at argumentere således fejlagtigt har støttet sig på en »potentiel, hypotetisk og fremtidig omdannelse« af det omhandlede varemærke. Ifølge selskabet skal sammenligningen derimod foretages i forhold til tegnet, som det fremstår aktuelt, og ikke ved at gisne om fremtidige ændringer, der ikke har nogen forbindelse med den aktuelle helhedsvurdering. Sagsøgeren har tilføjet, at såfremt indsigeren i fremtiden skulle ændre den grafiske udformning af sit varemærke, ville dette resultere i et andet karakteristisk tegn, der ikke er beskyttet, som selskabets kunder ikke længere ville kende, og som således ikke længere kunne angive dets varers handelsmæssige oprindelse.

31 Harmoniseringskontoret har hertil anført, at det bedømmelseskriterium, som appelkammeret har lagt til grund, er kendt og almindeligt anvendt, da registreringen af et rent ordmærke giver indehaveren en eksklusiv ret, der ikke er begrænset til en forudbestemt stilistisk udformning af tegnet. Dette kriterium undergraver på ingen måde, at appelkammerets konstatering i den foreliggende sag om, at der er risiko for forveksling, er baseret på de aktuelle forhold. Modsætningsvis er figurmærkerne efter deres art udelukkende beskyttede i den præcise udformning, der var genstand for deres registrering. I den foreliggende sag er det netop denne »fasthed« i

udformningen, der gør det muligt at adskille indsigerens ældre figurmærker på en sådan måde, at der ikke er nogen risiko for forveksling med det ansøgte varemærke.

32 I den forbindelse bemærkes, at den visuelle sammenligning i den foreliggende sag skal foretages mellem et ordmærke, der består af ordet »naber«, og et sammensat figurmærke, der både indeholder en ordbestanddel, nemlig ordet »faber«, og en grafisk bestanddel. Det sammensatte figurmærke er beskrevet som følger i varemærkeansøgningen:

»Benævnelsen »faber«, som er skrevet med trykte minuskler, har en vandret streg oven over bogstavet »f«, som er forlænget hen over hele benævnelsen og bøjer derefter nedad og henover den lodrette streg i bogstavet »r«, dog uden at røre den, samt en vandret streg under bogstavet »f«, der krydser dets vandrette streg og har en forlængelse, som bøjer nedad og understreger hele benævnelsen, og som endelig bøjer opad og slutter foran den vandrette streg på bogstavet »r«, dog uden at røre den, hele benævnelsen og alle forlængelserne står inden i en ellipse.«

33 Som Harmoniseringskontoret med rette har anført på sin internet-side, er et ordmærke et varemærke, der udelukkende består af bogstaver, ord eller ordforbindelser, som er skrevet med trykbogstaver med normale typer, uden særligt grafisk element. Et figurmærke er derimod en særlig præsentation af verbale eller grafiske kendetegn eller en kombination af verbale og grafiske bestanddele, i farver eller ikke. Et sammensat figurmærke består af to eller flere tegnkategorier, der f.eks. — som det ansøgte varemærke i den foreliggende sag — kombinerer ord og et grafisk tegn.

34 Henset til disse indledende bemærkninger kan hverken sagsøgerens eller Harmoniseringskontorets argumentation følges.

35 For det første har sagsøgeren underkendt det ældre ordmærkes kendetegn, idet selskabet alene har opfattet det som en særlig form for figurmærke, der er fastlåst i en given udformning. Selskabet har endvidere begået en anden fejl ved at undlade at tage hensyn til ordbestanddelen i det sammensatte ansøgte varemærke.

36 For det andet synes Harmoniseringskontoret at tillægge ordmærket et grafisk element, som det pr. definition ikke har. Harmoniseringskontoret har endvidere anlagt en fejlagtig fremtidsbetragtning, idet det begrunder den beskyttelse, der tilkommer det ældre ordmærke, dermed, at dette i fremtiden kan efterligne det ansøgte sammensatte varemærkes særlige form.

37 Ved vurderingen af ligheden mellem et sammensat figurmærke og et ældre ordmærke er den særlige grafiske og stilistiske udformning, som dette ordmærke eventuelt kan komme til at antage, ikke relevant. Under alle omstændigheder kan bedømmelsen af ligheden med det ældre varemærke, der er den eneste, der er relevant i den foreliggende sag, ikke erstattes med en vurdering af ligheden med et figurelement, der ikke er omfattet af den beskyttelse, som den tidligere registrering giver.

38 Faktisk er det ikke fordi et ældre ordmærke i fremtiden kan gives en grafisk udformning, der bevirker, at den bliver identisk med eller kommer til at ligne et ansøgt sammensat varemærke, at registrering af det sammensatte varemærke kan afslås, men fordi dette sammensatte varemærke aktuelt — ud over sin særskilte figurform — indeholder en ordbestanddel, der er identisk med eller ligner den, som det ældre varemærke består af, og fordi denne ordbestanddel ved helhedsvurderingen af risikoen for forveksling ikke kan anses for at være subsidiær i forhold til den anden del af tegnet (jf. modsætningsvis Rettens argumentation i præmis 50 ff. i dom af 12.12.2002, sag T-110/01, Vedial mod KHIM — France Distribution (HUBERT), Sml. II, s. 5275).

39 I den foreliggende sag skal der således først foretages en undersøgelse af den visuelle lighed mellem ordbestanddelene »naber« og »faber«, og derefter skal det — for så vidt det konstateres, at der foreligger en sådan lighed — undersøges, om den yderligere grafiske eller figurative bestanddel i det ansøgte varemærke kan udgøre en bestanddel, der er tilstrækkelig differentierende til, at der i den pågældende kundekreds' øjne ikke er visuel lighed mellem de omtvistede tegn (jf. i denne retning HUBERT-dommen).

40 Hvad først angår den visuelle sammenligning af de rent verbale bestanddele »faber« og »aber« er det rigtigt, at disse to ord har de fire ord »aber« til fælles. Som appelkammeret imidlertid har anført i punkt 18 i den anfægtede afgørelse, er en bestanddel ikke nødvendigvis den mest iøjnefaldende i hvert af de to varemærker, fordi den er en fælles bestanddel i de to varemærker, der sammenlignes. Bedømmelsen af deres lighed afhænger således i det væsentlige af den større eller mindre grad af betydning, der tillægges begyndelsesbogstavet, som adskiller det ene mærke fra det andet, i forhold til de fire sidste bogstaver, som de har til fælles, ikke blot med hinanden, men også — ifølge de oplysninger, som sagsøgeren er fremkommet med under den administrative procedure — med et stort antal andre varemærker, der findes på det spanske marked (jf. punkt II i Indsigelsesafdelingens afgørelse og punkt 4 i den anfægtede afgørelse). Hvad angår sidstnævnte bestanddel falder bedømmelsen ikke klart ud til fordel for den ene eller den anden opfattelse. Det må således konkluderes, at der er en vis visuel lighed mellem de to tegn, uden at denne lighed synes at være særligt afgørende.

41 Hvad herefter angår spørgsmålet, om der er taget hensyn til den yderligere figurative bestanddel i det ansøgte varemærke, er Retten enig i Indsigelsesafdelingens bedømmelse, hvorefter denne bestanddel ikke er sekundær, fordi den »består af en fantasifuld sammensætning, som kræver en begrebsmæssig udformningsanstrengelse«. Indsigelsesafdelingen anførte nærmere bestemt, at »begyndelsesbogstav [et] »F« er stærkt stiliseret, dels fordi det med sin øvre del dækker hele ordbestanddelen, dels fordi den tværgående streg i »F'et« understreger ordbestanddelen ved at indramme det forneden for til sidst at møde den tværgående streg i det sidste bogstav »R««. Den ellipse, der indrammer sammensætningen, styrker desuden kraftigt dens særlige figurative aspekt.

42 Appelkammeret har også i punkt 27 i den anfægtede afgørelse medgivet, at det ansøgte varemærke har et »betydeligt figurativt aspekt«.

43 Disse to vurderinger set samlet i forbindelse med helhedsvurderingen af den visuelle lighed henleder Retten til at antage, at den yderligere grafiske eller figurative bestanddel i det ansøgte varemærke kan udgøre en bestanddel, der er tilstrækkelig differentierende til, at der i den pågældende — professionelle — kundekreds' øjne ikke er visuel lighed mellem de omtvistede tegn.

44 Det var således fejlagtigt, at appelkammeret i punkt 27 i den anfægtede afgørelse konkluderede, at der på trods af det ansøgte varemærkes »betydelige figurative aspekt« var visuel lighed mellem de omtvistede tegn med den begrundelse, at slutningen »aber« »klart [kunne] skelnes«.

45 Endvidere skal modsigelsen mellem sidstnævnte vurdering og den vurdering, der fremgår af punkt 21 i den anfægtede afgørelse — hvorefter slutningen »aber« i det omhandlede varemærke »ikke er særligt iøjnefaldende — fremhæves, hvilket også sagsøgeren har gjort.

46 Hvad angår den lydlige sammenligning anførte Indsigelsesafdelingen dels, at kundekredsen i højere grad opfatter det indledende bogstav, fordi det står først, dels, at lyden »F« klart adskiller sig fra lyden »N«. Denne forskel alene var ifølge Indsigelsesafdelingen tilstrækkelig til at udelukke enhver fonetisk lighed mellem de omtvistede varemærker.

47 I punkt 22 i den anfægtede afgørelse fandt appelkammeret derimod, at denne forskel ikke var afgørende. Appelkammeret bemærkede, at ordene fra en fonetisk synsvinkel

er opdelt i stavelser, og at stemmens intensitet navnlig på spansk hæves på vokalerne i overensstemmelse med betoningsfænomenet. I den foreliggende sag er bogstavet »A« i den første stavelse i ordene »naber« og »faber« følgelig lydmæssigt stærkere end begyndelseskonsonanten. Da den anden stavelse »ber«, desuden er identisk i de to ord, konkluderede appelkammeret, at der var en vis fonetisk lighed mellem de omtvistede tegn.

48 Uden at det er nødvendigt at indhente den sagkyndige udtalelse, som sagsøgeren har anmodet om med henblik på at modbevise denne påstand, fastslår Retten, at det er ubestrideligt, at der er en vis fonetisk lighed mellem de omtvistede tegn. Selv hvis der tages hensyn til det betoningsfænomen, som Harmoniseringskontoret har påberåbt sig, er denne lighed dog ikke tilstrækkelig til at neutralisere den fonetiske forskel, der opstår ved det indledende bogstav, da de lyde, der fremkommer ved konsonanterne »F« og «N«, som Indsigelsesafdelingen har fremhævet, klart er forskellige.

49 For det første er konsonanten »F« nemlig ustemt, hvilket vil sige, at stemmebåndene ikke vibrerer, når lyden fremsiges, til forskel fra konsonanten »N«, der er stemt. For det andet er konsonanten »F« frikativ, hvilket vil sige, at der ved dens udtale fremkaldes et gnidningsindtryk, mens konsonanten »N« er nasal, hvilket med andre ord indebærer, at udtalen giver et indtryk af en efterklang.

50 Henset til det forhold, at den relevante kundekreds er specialiseret og mere opmærksom end gennemsnitsforbrugeren, er denne fonetiske forskel mellem de to omtvistede tegn og frem for alt den tydelige visuelle forskel, der følger af det betydelige figurative aspekt i det ene af de to varemærker, tilstrækkelig til, at det efter en helhedsbedømmelse kan fastslås, at de tegn, der udgør de omhandlede varemærker, betragtet hver for sig i deres helhed — idet der navnlig tages hensyn til deres karakteristiske og dominerende bestanddele — ikke ligner hinanden.

51 Det følger af ovenstående, at en af de ufravigelige betingelser for at anvende artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 ikke er opfyldt.

52 Følgelig må anbringendet om en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 tiltrædes, og sagsøgerens påstande tages til følge, uden at det er nødvendigt at foretage en sammenligning af de omhandlede varer eller at efterprøve sagsøgerens andre argumenter.

Sagens omkostninger

53 I henhold til artikel 87, stk. 2, i Rettens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom.

54 I henhold til procesreglements artikel 136, stk. 2, betragtes nødvendige udgifter, som er afholdt af parterne i forbindelse med sagen for appelkammeret, som omkostninger, der kan kræves erstattet.

55 Harmoniseringskontoret har tabt sagen og bør derfor i overensstemmelse med sagsøgerens påstand pålægges at betale sagens omkostninger, herunder de nødvendige udgifter, som er afholdt af sagsøgeren i forbindelse med sagen for appelkammeret.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Anden Afdeling)

1) **Afgørelsen, der blev truffet den 19. marts 2003 af Fjerde Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 620/2001-4), annulleres, for så vidt den tager indsigelsen fra indehaveren af det spanske ordmærke NABER til følge.**

2) **Harmoniseringskontoret betaler sagens omkostninger.**

Pirrung Forwood Papasavvas

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 20. april 2005.

H. Jung

Justitssekretær

J. Pirrung

Afdelingsformand